

no pretender que hagan constar en el acta una convención intervenida después de redactar dicha acta? Esto es absurdo. Sin duda que las partes podían redactar un escrito para las nuevas convenciones que modifican la primera, pero la cuestión está en saber si lo deben, y si no están obligadas á ello por el principio que *letras pasan testigos*; no atacan á la acta, no pueden probar *contra* y *además* del acta, solicitan dar la prueba de una nueva convención que no podía constar en acta, puesto que fué formulada después de la redacción de ésta.

IV. Extinción de la obligación.

483. ¿Puede probarse por testigos que una obligación comprobada por escrito ha sido extinguida por el pago? La cuestión era ya controvertida en el derecho antiguo, y lo es todavía. Pothier lo resuelve con una razón que es decisiva. La regla que *letras pasan testigos* prohíbe probar *contra* y además de lo contenido en el acta. Aquel que paga y pide probar su pago por testigos, ¿prueba *contra* el acta? Nó, dice Pothier; no ataca esta acta, ni la obligación que contiene, solo pretende que ha intervenido un hecho nuevo, el del pago de la remesa. Sin embargo, en la práctica se rehusaba la prueba testimonial de los pagos de una deuda de la que existía una acta escrita. (1) M. Larombière dice que esta práctica se ha conservado en los tribunales, y se pronuncia en el mismo sentido, así como Merlin y Favard. Se invoca el texto concebido en los más generales términos. Delvincourt contesta, como lo había hecho Pothier, que el deudor confiesa que una suma de 150 francos le ha sido prestada, así como lo dice el acta, pero sostiene que la devolvió; la alegación de pago viene en apoyo del préstamo, en lugar de dirigirse *contra* el contenido en el acta. Se invoca el es-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 798.

píritu de la ley; se dice: ¿á qué va la prueba del pago? á nulificar la prueba de la obligación, puesto que resulta que la deuda no puede ya ser exigida. Nó, la prueba de la obligación subsiste, el acta que la contiene no está atacada. ¿Se quiere de esto una prueba decisiva? *Letras pasan testigos*, en este sentido que la prueba literal del hecho que consta por escrito no puede ser combatido por la prueba testimonial. ¿Y cuál es el hecho que consta en acta? La obligación. Pues bien, una es la obligación y otra es la extinción de la obligación. Si la ley prohíbe la prueba testimonial cuando existe una acta, es porque las partes podían y debían hacer constar en el acta todos los elementos de sus convenciones. Y es bien evidente que no podían mencionar el pago, puesto que el pago de un préstamo no se hace en el momento en que contrata el préstamo. Sin embargo, es á este absurdo á lo que conduce la contraria opinión. (1) No se dirá, pero se quiere que las partes redacten acta por el pago como lo han hecho para el préstamo. Contestarémos que la ley no lo exige; luego se agrega á la ley, lo que se llama violentarla. (2)

Lo que decimos del pago también se aplica á la remesa de la deuda. (3)

ARTICULO 3.—Las excepciones.

484. Después de haber establecido las dos reglas concernientes á la prueba testimonial, el art. 1,341 agrega: "Todo sin perjuicio de lo prescripto en las leyes relativas al comercio." Según el art. 1,347, las reglas reciben una segunda excepción cuando existe un principio de prueba por escrito;

1 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. VI, pág. 443, notas 7 y 8, pfo. 763. Larombière, t. V, pág. 26, núm. 29 del artículo 1,341 (Ed. B., t. III, pág. 161).

2 Esta es la expresión de Bugnet sobre Pothier, pág. 428, nota. Compárese Marcadé, t. V, pág. 113, núm. 5 del artículo 1,341.

3 Durantón, t. XIII, pág. 369, núm. 335. Aubry y Rau, t. VI, página 444, nota 9.

y hay una tercera excepción, en el caso en que no ha sido posible que el acreedor pueda procurarse una prueba literal de la obligación contraída hacia él (art. 1,348).

485. Transladamos la primera excepción al derecho mercantil, limitándonos á hacer constar que, á pesar de la redacción viciosa del Código de Comercio, se admite generalmente que las dos reglas establecidas por el art. 1,341 reciben excepción en los negocios mercantiles; el segundo inciso del art. 1,341 lo supone, y tal es también la tradición, que desempeña un gran papel en derecho mercantil. (1)

§ 1.º — DEL PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO.

Núm. 1. Condiciones.

1. Un escrito.

486. El art. 1,347 define el principio de prueba por escrito: "toda acta escrita que procede de aquel contra quien la demanda está formulada ó de aquel á quien representa y que hace verosímil el hecho alegado." ¿Por qué se llama principio de prueba á esa verosimilitud? Toullier lo explica muy bien; extractaremos en dos palabras lo que dice: Una prueba es todo lo que persuade de la verdad. Esta es la definición de Domat. La persuasión que la prueba produce, puede ser completa ó incompleta. Si el efecto de la prueba es de persuadir completamente al juez, éste no necesita de un suplemento de prueba. Si las convenciones de las partes han sido fijadas y redactadas en una acta, ésta ministra generalmente una prueba completa; y sería inútil y frustratorio ocurrir á la prueba testimonial, cuando el hecho litigioso está establecido en una prueba segura. Pero si no hay acta, ó si ésta es irregular, los escritos producidos por la

1 Aubry y Rau, t. VI, págs. 445 y 446, pfo. 763 bis. Colmet de Santerre, t. V, pág. 603, núm. 315 bis XXIV y XX.

parte á la que incumbe la prueba, dejarán dudas en el espíritu del magistrado: habrá entonces un principio de prueba que deberá ser completada. La ley admite la prueba testimonial como complemento de prueba. ¿Por qué á pesar del peligro y de inseguridad que los testimonios presentan, la ley permite ocurrir á ellos? Porque el peligro y la inseguridad disminuyen; el hecho está ya probado á medias cuando se ocurre á los testigos, sus declaraciones solo confirman lo que los escritos hacen verosímil. (1)

487. El principio de prueba por escrito debe resultar de una *acta escrita* en los términos del art. 1,347. La condición esencial es, pues, que haya un escrito. Las probabilidades que encontraría el juez en las circunstancias de la causa no bastarían para autorizar la admisión de la prueba testimonial. Estas probabilidades no son presunciones; y, en la teoría del Código, las presunciones en lugar de permitir la prueba por testigos, no son admitidas sino en los casos en que la ley admite la prueba testimonial (art. 1,353). La Corte de Casación ha casado una sentencia que había autorizado la prueba testimonial apoyándose en un principio de prueba por escrito que se fundaba en las promociones ó faltas de promociones de la parte adversa. De hecho, el primer juez podía tener razón, pero se equivocaba evidentemente en derecho; en el caso, no había ningún escrito, y no podía haber, pues, un principio de prueba por escrito. (2)

488. El art. 1,347 dice: "Una *acta* por escrito." ¿Debe concluirse que debe haber *acta*; es decir, un escrito especialmente redactado para constancia del hecho litigioso? Nó, la expresión es inexacta. Es de tradición que todo escrito basta para inducir un principio de prueba. Pothier cita como ejemplo una carta que hace verosímil el hecho alegado. (3) Y, una *carta* no es una *acta*. Esto también está fun-

1 Toullier, t. V, 1, pág. 47, núm. 54.

2 Casación, 17 de Diciembre de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 486).

3 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 802.

dado en razón. Se exige una acta para sacar una prueba completa; por esto mismo no puede exigirse una acta para inducir un principio de prueba; un escrito cualquiera debe bastar, cualquiera que sea el objeto con que fué trazado. Esto está sin peligro, puesto que el juez tiene una gran latitud de apreciación en esta materia: El es quien decide si el escrito hace verosímil el hecho alegado, y su decisión es soberana. (1)

489. La jurisprudencia está en este sentido. Citarémos algunos ejemplos. A la muerte de una persona, se encuentran en su domicilio tres inscripciones de renta del Estado al portador, que se inventarían. A cada una de estas inscripciones está pegada una nota de puño del difunto, conteniendo declaración que éstas pertenecían, una de 100 francos y otra de 50 á una viuda; la tercera de 100 francos á la hija de la viuda. Los herederos reclamaron las rentas en virtud de la consecuencia legal ligada á la posesión. Fué juzgado que las notas, aunque no firmadas, constituían un principio de prueba por escrito y autorizaban la admisión de presunciones graves, precisas y concordantes que confirmaban la mención que contenían; resultaba la prueba de que el difunto era simple depositario, lo que excluye la prohibición de propiedad establecida por el art. 2,279. (2)

490. Se pregunta si el escrito invocado á título de principio de prueba debe ser presentado, ó si puede probarse su existencia por testigos. Ha sido juzgado que la prueba testimonial no está admitida para establecer que existía un principio de prueba por escrito, y la decisión no nos parece dudosa. (3) Todo escrito debe ser presentado para que ha-

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 450, pfo. 764. Colmet de Santerre, tomo V, pág. 613, núm. 320 bis II y III. Larombière, t. V, pág. 94, núm. 16 del artículo 1,347 (Ed. B., t. III, pág. 188).

2 Paris, 27 de Diciembre de 1866 (Dalloz, 1867, 2, 31).

3 Paris, 6 de Marzo de 1854 (Dalloz, 1854, 2, 211). Denegada, Sala de lo Civil, 30 de Julio de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 332).

ya prueba literal. Es solo en el caso de pérdida de título, por caso fortuito, como la ley admite la prueba testimonial de la obligación; pero el art. 1,345, núm. 4 no es aplicable á un escrito que sirve de principio de prueba. Hay una razón para esta diferencia; el juez debe ver el escrito para apreciar las probabilidades que de él resultan; por consiguiente, los testimonios no pueden reemplazar al escrito; mientras que si el escrito forma título, todas las probabilidades están en favor de la prueba. Además, en el caso del núm. 4 del art. 1,348, el acreedor había cumplido con la ley procurándose una prueba literal; en el caso del art. 1,347, al contrario, el acreedor está en falta, podía redactar una acta y no lo hizo. Es por excepción como la ley le permite ministrar la prueba testimonial; la excepción exige la presentación de un escrito. Desde que no se está en los términos de la excepción, se entra bajo el imperio de la regla; es decir, de la prohibición de la prueba testimonial.

Sin embargo, hay un caso en el que el acta, aunque no presentada, puede ser invocada como principio de prueba por escrito, es cuando aquel á quien se la opone reconoce su existencia; confiesa por esto mismo, que la prueba testimonial es admisible. Así fué juzgado, y en principio no vemos en ello ninguna duda. (1) Solo que el juez debe cuidar que las partes por concierto fraudulento, no traten de evitar la prohibición de la prueba testimonial. En caso de fraude, es claro que el juez deberá desechar la prueba ofrecida, pues solo puede admitirla bajo las condiciones determinadas por la ley; luego cuando existe un escrito ó que la parte interesada ha contestado, confiesa su existencia de buena fe. Hay también que notar que existe una diferencia entre la confesión de un escrito y su presentación. Las partes pueden confesar que un escrito fué redactado, pero están en desacuerdo acerca de las condiciones del trato; en este caso, el

1 Denegada, 19 de Diciembre de 1849 (Dalloz, 1850, 1, 234).

principio de prueba es insuficiente para admitir la prueba testimonial con objeto de establecer dichas condiciones. (1)

II. De quién debe proceder el escrito.

1. De aquel á quien se le opone.

491. El art. 1,347 exige una segunda condición: el escrito debe proceder de aquel contra quien la demanda es formulada. Si el escrito procedía de aquel que lo invoca, no haría ninguna prueba, dice Pothier, porque no puede uno hacerse un título así mismo. Si el escrito procede de un tercero, tampoco puede hacer prueba, pues dicho tercero solo es un testigo, y lo que escribió solo vale como testimonio, y un testimonio no autoriza la admisión de otro. Pothier da este ejemplo: Una viuda en su inventario, hace reconocimiento de una deuda de comunidad. ¿Resultaría de esto una prueba por escrito contra los herederos del marido? Nó, pues la viuda solo es tercero para con los herederos de su marido; lo que dice es una simple declaración testimonial que no permite ocurrir á la prueba por testigos contra los herederos, y por la parte que tienen en la deuda. (2)

492. El art. 1,347 dice, que el escrito debe proceder de aquel contra quien se dirige la demanda. Debe agregarse que el escrito debe proceder de aquel que formula la demanda, si es el demandado quien la opone como excepción, y quien opone un principio de prueba por escrito al demandante. Se comprenden ambos casos en la fórmula siguiente que la doctrina ha substituido á la fórmula de la ley: El escrito debe proceder de aquel á quien se le opone á título de principio de prueba por escrito.

El art. 1,347 agrega: "ó de aquel que representa." Los

1 Denegada, 3 de Mayo de 1830 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,754).

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núms. 806 y 807.

herederos representando al difunto, el escrito procedente de éste puede serles opuesto. Debe agregarse: ó por el *que ha sido representado*. Es seguro que un escrito procedente del mandatario puede ser opuesto al mandante; la ley no lo dice, pero los principios que rigen al mandato bastan para decidirlo así. El mandatario obra por el mandante, y en su nombre (art. 1,984); luego es el escrito procedente del mandatario, es como si procediera del mandante. (1)

493. ¿Cuándo puede decirse que el escrito procede de una persona? La palabra *proceder* implica que el escrito es obra de la persona á la que se opone, en el sentido de que ella es autora de las disposiciones ó declaraciones que contiene. Y como se trata de establecer en justicia un hecho litigioso, se necesita, además, que esté probado por las vías legales que el escrito invocado por una de las partes es obra de la otra.

Cuando consta que un escrito ha sido redactado por una persona, puede inducirse generalmente, que las declaraciones que contiene son obras de dicha persona, y pueden, por consiguiente, serle opuestas. La razón está en que el redactor del escrito es ordinariamente parte interesada, pero esto solo es cierto para las actas privadas. Las actas auténticas son recibidas por un oficial público quien por la naturaleza de su ministerio es extraño á la acta que redacta, puesto que los notarios no pueden recibir actas en las que sean partes interesadas. De donde resulta que la acta redactada por un notario, no le puede ser opuesta como obra suya, y como formando con este título un principio de prueba por escrito contra él; el acta es obra de las partes, el notario solo es redactor. (2) Sin embargo, pudiera suceder que el acta contuviera enunciaciones que suponen el concur-

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 451, notas 4 y 5, pfo. 764.

2 Burdeos, 14 de Febrero de 1832 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,785).

so del notario en un hecho; tal sería el depósito de fondos para efectuarse en sus manos. La cuestión fué así sentenciada por la Corte de Casación. En el caso, el hecho litigioso era una venta que la parte adversa pretendía ser simulada. Se invocaban contra el notario, pretendido comprador, como principio de prueba escrita, actas que él había redactado posteriormente á la pretendida venta consentida en su favor. Había recibido una acta por la que su vendedor se obligaba hácia un tercero é hipotecaba para seguridad de la obligación los inmuebles que habían sido objeto de la venta litigiosa. Además; el notario había redactado como mandatario del nuevo acreedor, las inscripciones destinadas á dar publicidad y eficacia á la hipoteca. Estas declaraciones probaban contra la venta, esto es evidente; pero el notario objetaba que no se podían oponer porque eran obras de las partes, y que él simple redactor no tenía el derecho de insertar en la acta una reserva para resguardar sus intereses. Esto es verdad, pero el notario podía rehusar recibir una acta que comprometía sus derechos; podía, además, pedir á las partes una declaración comprobando que él, notario, pretendía tener un derecho de propiedad al inmueble, y que no entendía que el acta que redactaba pudiese ser invocada contra él. Fuera del acta, el notario deja de ser oficial público, y puede, por consiguiente, hacer tales reservas que juzgue necesarias. Si no las hace, su silencio prueba contra él, y por consiguiente, puede uno prevalecerse de las declaraciones que malamente recibió sin ninguna reserva. (1)

494. El acta es también considerada como obra de una persona, cuando se la apropió por consentimiento expreso ó tácito. Ha sido juzgado que el acta puede ser invocada con-

1 Denegada, 4 de Abril de 1838 (Daloz, en la palabra *Sentencia*, núm. 1,003, 8°) Aubry y Rau, t. VI, pág. 451, y nota 6, pfo. 764. Larombière, t. V, pág. 91, núm. 12 del artículo 1,347 (El. B., tomo III, pág. 187).

tra aquellos que han asistido á su redacción como testigos. (1) La cuestión en el fondo, es la misma que la que acabamos de examinar, pues el notario también es un testigo. Hasta hay un argumento *á fortiori* contra los testigos: Nada les obliga á asistir á la redacción de una acta que contiene declaraciones contrarias á su derecho; deben, pues, rehusar su concurso ó hacer reservas. Su silencio testifica en su contra firmando una acta que tienen interés en combatir la prueba tácitamente. Esto supone que los testigos han comprendido el alcance de las declaraciones que han oído leer. Esta es una cuestión de hecho que decidirá el juez según las circunstancias. El juez tiene, pues, en esta materia, un poder de apreciación que disminuye la importancia de las cuestiones de derecho, pero que aparta el peligro de las soluciones demasiado absolutas que los intérpretes le dan.

495. El principio que acabamos de aplicar á los testigos recibe su aplicación á todos los casos en que una persona se apropia una acta que no procede de ella. Citarémos ejemplos tomados de la jurisprudencia. El hecho del reemplazo de los milicianos, ¿puede ser probado por testigos cuando el demandante produce un extracto del registro de sorteos, constando haber entregado el reemplazo, y de un certificado del Gobernador certificando que el reemplazado fué exceptuado del servicio de las armas por haber ministrado su reemplazo? La Corte de Bruselas juzgó la cuestión afirmativamente, fundándose en la *parte activa* que el demandado había tomado acerca de las actas producidas por la parte adversa. La expresión no es muy jurídica, pero la decisión nos parece incontestable. Aquel que produce una pieza en interés suyo, se la apropia; desde luego se le puede invocar en su contra. El reemplazado que se hizo exceptuar en virtud de una pieza comprobando el reemplazo, ha hecho suya di-

1 Agen, 7 de Diciembre de 1822 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,784).

cha pieza; luego puede oponérsela como principio de prueba por escrito de la convención intervenida entre él y el reemplazante. (1)

Un notario recibe mandato para colocar una suma considerable. Sus herederos, citados para devolución, oponen que su autor dió cuenta de su gestión, y piden probarlo por testigos, invocando un principio de prueba por escrito. Este es una cuenta expedida por el ejecutor testamentario del mandante; la cuenta entregada por el notario estaba mencionada en ella. El heredero del mandante, habiendo aprobado la cuenta del ejecutor testamentario, se había, por este solo hecho, apropiado la partida de dicha cuenta en que constaba la cuenta que había dado el notario. La Corte de Bruselas, y á pedimento, la Corte de Casación, juzgaron que el demandante se había apropiado el escrito precedente del ejecutor testamentario al aprobarlo; que, por consiguiente, se podía invocar contra él como formando un principio de prueba por escrito (2)

(á) ¿Cómo se prueba de quién procede el acta?

496. ¿Cómo se probará que un escrito procede de una persona? Cuando se trata de un escrito privado, la firma es generalmente la única formalidad segura para la validez del acta; una acta firmada hace plena fe contra el signatario, con más razón el escrito firmado debe bastar para principio de prueba por escrito contra él; poco importa que el signatario no haya escrito el acta: la hizo suya al firmarla.

La sola firma produce dicho efecto. Ha sido sentenciado varias veces por la Corte de Bruselas, que la cruz ó una marca que una de las partes escribió en un escrito no basta pa-

1 Bruselas, 15 de Febrero de 1825 (*Pasicrisia*, 1825, pág. 316).

2 Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 12 de Agosto de 1841 (*Pasicrisia*, 1842, 1, 12).

ra que éste pueda constituir un principio de prueba por escrito. Esto no es dudoso. No puede comprobarse una marca ó señal; luego la tal señal no testifica la aprobación del escrito. En vano se quisiera invocar el testimonio de los que han visto poner la marca; esto sería prevalecerse de un testimonio para hacer admisible la prueba testimonial, y, en definitiva, el hecho litigioso quedará establecido por testigos, contrariamente á la prohibición de la ley. (1)

En un caso enteramente especial, ha sido juzgado que la rúbrica con la primera letra de la firma puesta por un arrendatario en la minuta de un arrendamiento notariado, é interrumpida por la muerte del signatario, vale como un principio de prueba por escrito.

497. No es necesario que el escrito sea firmado para que pueda servir de principio de prueba por escrito. La ley no lo exige; intencionalmente se ha valido de la expresión *proceder* para comprender en este término todos los casos en que un escrito es obra de una persona, y puede muy bien ser su obra á pesar de no estar firmada por ella. Hay escritos no firmados que forman prueba completa (arts. 1,331 y 1,332). La razón de ello es sencilla; la escritura puede ser comprobada, y cuando lo está, es seguro que procede del puño de aquel que la redactó. Si la ley hubiera exigido la firma, hubiera excluido todos los escritos que no son *actas*; es decir, un gran número de escritos en los que se toma un principio de prueba por escrito; las cartas que sirven á menudo de prueba no siempre están firmadas, y no por esto dejan de formar ya prueba completa, ya un principio de prueba. (2)

1 Bruselas, 12 de Enero de 1816 (*Pasicrisia*, 1816, pág. 13); 8 de Octubre de 1819 (*ibid.*, 1819, pág. 459).

2 Toullier, t. V, pág. 132, núm. 123. Aubry y Rau, t. VI, página 452, nota 13. Véase la jurisprudencia en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,820. Hay que agregar Denegada, 29 de Julio de 1872 (*Dalloz*, 1874, 1, 430).